

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Anno XXXIV Fasc. 2 - 2015

ISSN 0393-2494

Maurizio Falsone

L'ASSEGNAZIONE TEMPORANEA DEL DIPENDENTE PUBBLICO *EX* ART. 42-*BIS* DEL D.LGS. N. 151 DEL 2001: DIRITTO SOGGETTIVO, INTERESSE LEGITTIMO (DI DIRITTO PRIVATO) O MERA ASPETTATIVA?

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PUBBLICO IMPIEGO

TRIBUNALE DI BUSTO ARSIZIO 12 novembre 2014, n. 449 - MOLINARI *Giud.*
- M.R. (avv. Perrella, Picco Bellazzi) c. ENAC (Avvocatura dello Stato).

Pubblico impiego - Trasferimento temporaneo ex art. 42-bis comma 1, d.lgs. n. 151/2001
- Diniego - Onere di giustificazione - Motivazione incongruente o inconsistente -
Illegittimità - Potere giudiziale di ordinare il trasferimento temporaneo doman-
dato dal lavoratore - Sussiste.

L'art. 42-bis del d.lgs. n. 151 del 2001 pone sul datore di lavoro pubblico l'onere di giustificare anticipatamente il diniego all'assegnazione temporanea domandata da un dipendente, in modo tale che, attraverso la verifica sotto il profilo della congruenza e della consistenza delle ragioni concrete addotte sia verificabile da parte del lavoratore e, successivamente, sindacabile in sede giurisdizionale, la correttezza del suo operato, a pena di condanna giudiziale all'assegnazione presso la sede di destinazione domandata. (1)

Omissis. — La legge stabilisce precisi limiti e condizioni per l'ottenimento del beneficio dell'assegnazione temporanea: a) l'assegnazione temporanea deve essere effettuata nella provincia o regione «nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa». In tal modo la legge prevede indirettamente che il trasferimento sia possibile solo in caso di coniuge che esercita stabile e documentata attività lavorativa e che sia non trasferibile; b) l'assegnazione *de qua* presuppone «la sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva». Si deve escludere, pertanto, l'assegnazione in sovrannumero e l'assegnazione a posti che l'amministrazione abbia escluso dalla mobilità (ad es. in vista di assegnazioni *ex l. n. 104/1992*), c) la norma inoltre attribuisce una discrezionalità molto ampia

(1) L'assegnazione temporanea del dipendente pubblico ex art. 42-bis del d.lgs. n. 151 del 2001: diritto soggettivo, interesse legittimo (di diritto privato) o mera aspettativa?

1. La sentenza si riferisce ad un caso di mancata assegnazione temporanea del dipendente di un noto ente pubblico non economico, che aveva domandato di essere trasferito ad una sede di servizio più vicina al proprio nucleo familiare e al figlio infratreenne.

Pacifica la sussistenza degli altri requisiti previsti dall'art. 42-bis del d.lgs. n. 151 del 2001, a cui va chiaramente sussunta la fattispecie concreta, il giudizio si concentra in particolare sul provvedimento dell'ente, il quale motiva il diniego, richiamando «esigenze di funzionalità degli uffici sul territorio e di buon andamento dell'Amministrazione».

alle amministrazioni laddove prevede l'assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione all'effettuazione della assegnazione.

Tale disposizione, è chiaro indice della volontà del legislatore di trovare un giusto temperamento fra interessi contrapposti: l'interesse del lavoratore a realizzare l'unità familiare (bene costituzionalmente garantito) e l'interesse dell'amministrazione all'efficacia ed efficienza del servizio (di pari rango). In altri termini, il legislatore non riconosce al genitore un diritto assoluto alla assegnazione temporanea al semplice ricorrere di un posto «vacante e disponibile», ma consente all'amministrazione da cui dipende di esprimere un «dissenso» motivato da più ragioni, attinenti alla funzionalità degli uffici e del servizio, che possono

Secondo il giudice di Busto Arsizio, l'atto manca delle dovute indicazioni specifiche circa le ragioni organizzative effettive che hanno impedito la concessione del beneficio previsto dalla legge; pertanto, esso viene disapplicato e, per gli effetti, senza indugiare oltre, viene riconosciuto il diritto del lavoratore ad ottenere il trasferimento temporaneo e, infine, viene ordinato all'ente pubblico di assegnare il ricorrente presso la sede della medesima amministrazione a cui il ricorrente aspirava ad essere assegnato, per giunta nella «misura massima consentita» — da intendere nel senso del limite temporale massimo di tre anni previsto dalla legge.

2. Il nodo giuridico che il giudice ha affrontato per giungere alla decisione non è di poco momento, non tanto perché la giurisprudenza e la dottrina sulla questione non abbondano e non offrono soluzioni univoche (per una ricognizione cfr. A. GRECO, *Natura giuridica della posizione del lavoratore dipendente da Pubblica Amministrazione che abbia fatto richiesta di assegnazione temporanea per ricongiungimento familiare*, *Il civilista*, 2010, 6, 73 ss.), quanto piuttosto perché la lettera della disposizione di riferimento non è di fattura impeccabile e perché, per una congrua applicazione della norma ricavata, è necessario applicare un metodo interdisciplinare, accostandosi alla disciplina del diritto amministrativo.

L'art. 42-*bis* individua, innanzitutto, l'ambito di applicazione soggettivo del beneficio, riferendosi ai dipendenti delle stesse amministrazioni pubbliche a cui si applica il d.lgs. n. 165 del 2001, che abbiamo figli di età minore ai tre anni e che facciano espressa richiesta.

Sussistendo tali requisiti, il titolare della situazione giuridica soggettiva (d'ora in avanti s.g.s.) «può essere assegnato» temporaneamente ad una sede di lavoro della stessa o di altra Amministrazione pubblica che si trovi, almeno nella stessa Regione ove risiede il nucleo familiare. Inoltre, tale assegnazione è subordinata alla sussistenza di un posto «vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva», nonché all'assenso delle Amministrazioni coinvolte.

Come è intuibile il problema giuridico è dato dal fatto che non sono chiari i confini entro cui l'aspettativa del lavoratore deve essere soddisfatta; in particolare perché il legislatore non ha posto dei paletti solidi e ben distinguibili al potere discrezionale riconosciuto dalla disposizione suddetta al datore di lavoro pubblico, non essendo chiaro 1) quando un posto vacante — requisito che pare avere natura oggettiva — sia anche disponibile, 2) se l'assenso che la PA può concedere rappresenti un requisito ulteriore che va ad aggiungersi a quello della «disponibilità» del posto, 3) quando l'assenso può essere negato e 4) in che modo debba essere adempiuto l'obbligo di motivazione dell'eventuale diniego.

risultare, nel bilanciamento degli interessi, prevalenti a quelle di cui è portatore il genitore dipendente.

Tale bilanciamento è, del resto, comune ad altri istituti, parimenti posti a tutela di beni costituzionalmente garantiti, come ad esempio nel caso disciplinato all'art. 33 L. 104/1992 che attribuisce al parente che assiste con continuità una persona affetta da handicap la facoltà di scegliere in via prioritaria la sede, ovvero di non essere trasferito, ma ciò solo «ove possibile» (vedi ad esempio Cass. civ., Sez. lav., 29/08/2002, n. 12692).

Il «previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione» contemplato dall'art. 42-*bis*, rappresenta un presupposto ulteriore, alla conces-

La questione risulta più complessa anche perché, a fronte di una disposizione che, comunque la si interpreti, non pare riconoscere un diritto perfetto, la fattispecie astratta regolata dalla legge concerne diritti fondamentali di sicuro rilievo costituzionale, come suggerisce la stessa collocazione della norma nel contesto delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità costellate di tutele particolarmente forti in favore della genitorialità.

3. La decisione in commento non motiva l'opzione preliminare circa la qualificazione della s.g.s., ma si limita ad asserire che, secondo «l'orientamento giurisprudenziale prevalente» l'art. 42-*bis* riconosce al pubblico dipendente un interesse legittimo, non meglio identificato.

Il giudice di Busto Arsizio si riferisce probabilmente a T. Arezzo 10 dicembre 2013, *DJ* e a TAR Roma 5 novembre 2013, n. 9382, *FA Tar*, 2013, 11, 3382 — quest'ultimo deliberato in sede di giustizia amministrativa perché il caso è relativo ad un funzionario di polizia penitenziaria — i quali riconoscono esplicitamente al lavoratore una posizione di interesse legittimo in ragione del fatto che la legge prevede solo la «possibilità» di assegnazione e dispone un procedimento paragonabile a quello amministrativo per la verifica della sussistenza dei presupposti suesposti.

Tuttavia, esiste una giurisprudenza più cauta o, forse, più pragmatica, che, invece di avventurarsi nel campo ostico degli istituti tipici del diritto amministrativo, si limita ad escludere che l'art. 42-*bis* del d.lgs. n. 151 del 2001 fondi in capo al lavoratore un «diritto soggettivo assoluto» (T. Milano 19 luglio 2012, *ADL*, 2012, 1359, nt. DI STASI) o un «diritto incondizionato» (TAR Torino 9 ottobre 2014, n. 1525, *DJ*, anch'esso deciso in sede di giurisdizione amministrativa perché riguardava un agente di polizia di Stato) o un «diritto assoluto incondizionato» (T. Venezia 14 febbraio 2012, *RGLV*, 2012, 1, 66, nt. PAONE).

A dirla tutta, infine, non manca affatto giurisprudenza che si spinge a qualificare la s.g.s. di cui si tratta in termini di diritto soggettivo, anche se solo «in presenza degli specifici requisiti» (cfr. T. Reggio Emilia 9 novembre 2005, *LPA*, 2006, 2, 397, T. Lecce 16 luglio 2007, *DL*, 2008, 2, 762, nt. SERRANO e, più ambigualmente, T. Novara 29 giugno 2009, *Il civilista*, 2010, 6, 83).

4. La decisione che si commenta rappresenta un'occasione per tentare di chiarire brevemente i termini giuridici della questione affrontata o meglio per accertarci che le «etichette» assegnate agli istituti giuridici trattati siano quelle giuste.

sione del beneficio, rispetto a quello della «sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva», presupposto ulteriore che vale a costituire la spia di una scelta discrezionale della PA, con conseguente opportuna previsione legislativa di un eventuale «motivato dissenso».

L'orientamento giurisprudenziale prevalente individua nell'istituto dell'assegnazione provvisoria prevista dall'art. 42-bis d.lgs. 151/2001 una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo del pubblico dipendente, che va comparata con l'interesse pubblico correlato al buon funzionamento della Amministrazione di appartenenza per il tramite della funzionale organizzazione degli uffici; prova ne sia che l'accoglimento dell'istanza di mobilità temporanea è

Innanzitutto bisogna accordarsi sul significato e i confini delle figure del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, nei limiti che una nota a sentenza impongono.

Per un verso, i beni fondamentali di sicuro rilievo costituzionale, come quelli coinvolti nella vicenda concreta, non impongono affatto di qualificare, sempre e comunque, l'interesse del cittadino alla stregua di un diritto soggettivo «indegradabile», perché nulla impedisce al legislatore ordinario di dare piena attuazione alle disposizioni della Costituzione elevando alcune aspettative specifiche al rango di interesse legittimo (cfr. G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, RTDPC, 3, 2012, 931). Si consideri, peraltro, che l'art. 42-bis riconosce ai soli dipendenti pubblici una s.g.s. di vantaggio aggiuntiva rispetto ai diritti soggettivi perfetti che vengono riconosciuti indiscriminatamente ai lavoratori di qualunque settore dal d.lgs. n. 151 del 2001.

D'altro canto, le forme di tutela dell'interesse legittimo oggi sono talmente ampie da apparire sostanzialmente analoghe a quelle riconosciute dall'ordinamento al diritto soggettivo, prova ne sia che la dottrina più autorevole non manca di chiedersi se abbia ancora senso parlare di interesse legittimo, considerata la «fragilissima porosità» dimostrata da tale istituto (B. SORDI, *Interesse legittimo*, Enc dir, 2008, Annali II-2, 709 e spec. 726; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2013, 55).

Se le cose stanno così, possiamo affermare che il rilievo costituzionale della genitorialità non è un argomento dirimente e che l'eventuale «degradazione» al rango di interesse legittimo della situazione *de qua* non va drammatizzata oltremodo, poiché non è detto che essa penalizzi necessariamente la posizione sostanziale e processuale del lavoratore.

Ciò detto, è necessario chiarire in che senso il giudice lombardo qualifica la s.g.s. concreta in termini di interesse legittimo. La dottrina, infatti, è solita distinguere l'istituto classico dell'interesse legittimo dalla più problematica figura dell'interesse legittimo di diritto privato. Il primo evoca il potere del singolo cittadino di sollecitare un controllo giudiziario in ordine al comportamento tenuto, correttamente o meno, dalla pubblica amministrazione il quale abbia inciso o possa incidere sui suoi interessi (A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2011, 82), il secondo può essere definito come una s.g.s. inattiva in cui la realizzazione dell'aspettativa di fatto avviene attraverso l'esercizio discrezionale del diritto (o della potestà) di un soggetto terzo privato (F. GIARDINA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in U. BRECCIA (et al.), *Diritto privato*, Utet, 2012, 165).

subordinata alla sussistenza nell'ufficio di destinazione di un posto vacante di corrispondente posizione retributiva.

È evidente che l'Amministrazione sia tenuta a verificare che a soddisfazione delle esigenze personali e familiari del dipendente non si ripercuota negativamente sulla funzionalità del servizio e sul buon andamento dell'amministrazione, ma la norma dell'art. 42-bis d.lgs 151/2001, richiedendo che il diniego del beneficio sia motivato, pone sull'Amministrazione l'onere di fornire prova della fondatezza dello stesso, non potendosi limitare ad affermare il carattere discrezionale della concessione del beneficio. Pertanto, un diniego inconsistentemente o pretestuosamente motivato, ossia un diniego carente nell'indicare quali concrete ragioni

Nel caso di specie, il rapporto intersoggettivo che viene in rilievo è contraddistinto dal potere discrezionale riconosciuto in capo ad una pubblica amministrazione. Quest'ultima, però, per espressa previsione di legge, agisce «con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» quando deve adottare «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» (i c.d. atti di micro-organizzazione di cui all'art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001), mentre solo i provvedimenti c.d. di macro-organizzazione da essa emanati conservano la natura di atti amministrativi di diritto pubblico (cfr. art. 2 co. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001).

Siccome il provvedimento di diniego impugnato è senza dubbio un atto di micro-organizzazione, si deve concludere che il giudice di Busto Arsizio volesse, tutt'al più, fare riferimento ad un interesse legittimo di diritto privato.

Quest'ultima figura, è vero, ha rappresentato uno stimolante campo di indagine proprio nell'ambito del diritto del lavoro *tout court*, ma costituisce, secondo l'orientamento oggi assolutamente prevalente, una categoria dogmaticamente insostenibile in particolare perché, pur rinviando all'istituto dell'interesse legittimo classico, manca totalmente della necessaria «ottica pubblicistica», anche nel caso del lavoro pubblico privatizzato (cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2013, 161 e, per il diritto del lavoro in particolare, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988 che criticano, da diversi punti di vista, l'ipotesi ricostruttiva elaborata più esaurientemente da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, 1967).

Non è questa la sede per approfondire il discorso, anche perché a sdrammatizzare il problema interviene un orientamento autorevole secondo cui l'assimilazione degli atti di micro-organizzazione della PA agli atti dei datori di lavoro privati non è totale, in quanto questo genere di determinazioni devono essere comunque funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico e, dunque, «funzionalizzate» alla cura concreta degli interessi pubblici (cfr. le diverse tesi esposte in F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2013, 727). In pratica, ciò vuol dire che, secondo questa teorica, gli atti di micro-organizzazione della PA devono soggiacere anche ai principi generali che regolano l'attività amministrativa (cfr. i criteri di economicità, efficacia, pubblicità, trasparenza, legittimo affidamento di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990) e, di conseguenza, che ai dipendenti pubblici deve essere accordata non solo una «tutela giuslavoristica» — in termini di controllo «esterno» — ma anche una «tutela giuspubblicistica» — che scivola verso un più incisivo controllo interno di opportunità (cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2013, 536).

organizzative ostino a concedere la mobilità temporanea, è illegittimo e può essere disapplicato dal Giudice del lavoro.

Dunque, anche a voler aderire a quella giurisprudenza che individua, in capo all'amministrazione, un potere discrezionale, non si può negare che tale facoltà trovi limite nel carattere non arbitrario e strumentale delle proprie decisioni. Nel caso dell'art. 42-bis, la verifica del rispetto di tale limite si sostanzia, in modo evidente, nell'onere di motivare il diniego. Si impone, cioè, al datore di lavoro pubblico di giustificare anticipatamente il diniego all'assegnazione temporanea, in modo tale che, attraverso la verifica sotto il profilo della congruenza e della consistenza delle ragioni addotte (evidentemente riferite agli interessi generali di cui è portatrice la Pubblica Amministrazione) sia verificabile da parte del lavoratore e, successivamente, sindacabile in sede giurisdizionale, la correttezza del suo operato.

La sentenza in commento, a prescindere dalla incerta qualificazione che propone della s.g.s., sembra aderire a quest'ultima prospettiva piuttosto che a quella dell'assimilazione totale agli atti del datore di lavoro privato, laddove afferma che la PA nel caso concreto avrebbe dovuto comparare le esigenze del lavoratore con la funzionalità e il buon andamento del servizio pubblico.

5. Ciò detto, è possibile verificare le conseguenze pratiche connesse alle diverse possibili qualificazioni della s.g.s. di cui è titolare il dipendente pubblico e riflettere con cognizione di causa sul dispositivo formulato dal giudice. 5.1. Innanzitutto, è opportuno ricordare che non vi sono conseguenze di rilievo per quanto concerne la giurisdizione, poiché l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 munisce in ogni caso di giurisdizione il giudice ordinario in materia di rapporto di lavoro pubblico privatizzato. Questa disposizione può essere intesa sia come una norma che concede, *ratione materiae*, una giurisdizione esclusiva in capo al G.O. — sul presupposto che questi possa trovarsi a trattare, in questo contesto, anche di s.g.s. di interesse legittimo — sia come una norma di puntuale e genuina applicazione dell'art. 5 l. n. 2248 del 1865, all. E sul riparto di giurisdizione (c.d. L.A.C.) — sul presupposto inverso secondo cui nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico privatizzato sono reperibili solo s.g.s. di diritto soggettivo (sulle possibili interpretazioni dell'art. 63 cfr. F. CINTIOLI, *Disapplicazione (dir. amm.)*, *Enc dir.*, 2010, Annali III, 269 e spec. 284). 5.2. Inoltre, quanto ai poteri di tutela del G.O., l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 riconosce espressamente il potere di disapplicare «gli atti amministrativi presupposti» ritenuti illegittimi.

Anche in questo caso, l'esegesi della disposizione che riconosce tale potere dipende dalla tesi di partenza che l'interprete decide di accogliere, ma, stavolta, dalle alternative opzioni scaturiscono conseguenze diverse. Ove si ammetta che il G.O. nell'ambito del lavoro pubblico conosce necessariamente solo di s.g.s. di diritto soggettivo, la norma dovrà riferirsi evidentemente alla disapplicazione dei soli atti di macro-organizzazione — gli unici che possono essere classificati come «atti amministrativi» — ove si ammetta, al contrario, che il G.O. conosce eventualmente anche di s.g.s. di interesse legittimo — in quanto munito di una sorta di giurisdizione esclusiva — il potere di disapplicazione potrà coinvolgere, a seconda dei casi, anche gli stessi atti presupposti di micro-organizzazione, come quello di diniego dell'assegnazione temporanea.

Nel caso in esame l'ente convenuto nella comunicazione del 12.6.2013 si è limitato a richiamare generiche «esigenze di funzionalità degli uffici sul territorio e di buon andamento dell'Amministrazione» (doc.11 ric.). Nessuna indicazione specifica della ragioni organizzative concrete che avrebbe impedito la concessione del beneficio richiesto dal ricorrente è contenuta nel provvedimento di diniego.

L'ipotesi dell'interesse legittimo di diritto privato va affiancata, sotto questo profilo, a quella del diritto soggettivo perché il provvedimento impugnato, in tutti e due i casi, deve essere qualificato come un atto privatistico, assunto nell'esercizio dei poteri privati del datore di lavoro. In questo terzo caso, dunque — quello che, come si diceva, sembra essere stato accolto nella sentenza in commento — non è configurabile, in realtà, alcun potere di disapplicazione e il giudice ordinario avrebbe dunque potuto, più pianamente, dichiarare l'invalidità dell'atto di diniego secondo le norme del codice civile (cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 773) e, tutt'al più, disapplicare i provvedimenti macro-organizzativi illegittimi «fondativi» dell'atto di diniego, ove esistenti. 5.3. Infine, l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 riconosce al G.O. anche il potere di «adottare tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati». La legge, dunque, riconosce ampi poteri giurisdizionali, ma sul presupposto che ad essere oggetto di tutela sia un diritto soggettivo (di qualunque natura).

Eppure, con la sentenza in commento il Giudice, da un lato, qualifica la s.g.s. in termini di interesse legittimo (di diritto privato) e, dall'altro, adopera tutti i suddetti ampi poteri, ordinando addirittura l'assegnazione temporanea per il maggior tempo possibile.

A questo proposito, è importante segnalare che il giudice di *prime cure* si sostituisce pienamente alla PA senza procedere ad una verifica nel merito circa la concreta disponibilità del posto vacante agognato dal lavoratore e senza valutare né eventuali provvedimenti macro-organizzativi né l'opportunità concreta a non concedere il beneficio nell'interesse pubblico, ciò perché è stata ritenuta sufficiente, ai fini del decidere, la violazione dell'obbligo di motivazione previsto in caso di diniego.

6. In definitiva, pare che il Tribunale di Busto Arsizio, pur adottando l'etichetta dell'interesse legittimo — non meglio specificato, ma da intendere come interesse legittimo di diritto privato — abbia in realtà (correttamente) trattato la s.g.s. in termini di diritto soggettivo e abbia (correttamente) valutato il provvedimento di diniego come un atto di natura privata illegittimo, limitandosi a quel controllo solo esterno a cui sono avvezzi i giudici del lavoro. Prova ne sia che il giudice adito individua i limiti al potere discrezionale della PA non nella l. n. 241 del 1990, ma nel carattere necessariamente non arbitrario e non strumentale della decisione, ovvero nel rispetto delle clausole generali di diritto privato della buona fede e correttezza e che, nel dispositivo, accerta la sussistenza di un diritto soggettivo al trasferimento temporaneo.

In effetti, appare più coerente ricostruire la fattispecie in questi termini, senza scomodare altri istituti di diritto amministrativo, ma distinguendo con chiarezza il diritto «strumentale» al corretto esercizio del potere datoriale, dalla mera aspettativa del dipendente pubblico all'assegnazione temporanea (cfr. la tesi esposta in C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, cit., spec. 126 ss.).

L'amministrazione convenuta è dunque venuta meno all'obbligo di motivare la propria scelta al fine di consentire, anche al giudice, di valutare la correttezza del proprio operato anche alla luce del principio di imparzialità. — *Omissis*.

In conclusione, va accolta la domanda di disapplicazione del diniego, in quanto carente di motivazione, e conseguentemente, va riconosciuto al ricorrente il diritto all'assegnazione temporanea. — *Omissis*.

P.Q.M.

Accerta e dichiara il diritto del ricorrente ad ottenere l'assegnazione temporanea *ex* art. 42 *bis* D.Lgs. 151/2001 nella misura massima consentita e conseguentemente ordina a ENAC di assegnare temporaneamente il ricorrente presso la sede Enac di Roma con incarico equivalente a quello attualmente ricoperto. — *Omissis*.

Tale ultima aspettativa, infatti, può essere meglio colta come una s.g.s. *in fieri*, cioè come momento prodromico rispetto alla s.g.s. finale che si invera nella forma del diritto soggettivo a condizione che il succitato diritto strumentale sia stato soddisfatto dalla PA e che la valutazione discrezionale di quest'ultima abbia condotto al perfezionamento della fattispecie disegnata dall'art. 42-*bis*.

MAURIZIO FALSONE
*Dottore di ricerca in diritto del lavoro
nell'Università di Milano-Bicocca*